Le Manuel Permanent du Droit des Affaires tunisien

FEUILLES RAPIDES DE DROIT DES AFFAIRES

N° 179 Mai 2010

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

Agence de promotion de l'industrie :

Renforcement des attributions de l'API et nouvelle appellation — La loi n° 2010-25 du 17 mai 2010 modifie les missions et l'appellation de l'API. **P. 4**

Baux commerciaux :

La cession du droit au bail : L'impact du droit au bail sur la cession du fonds de commerce — La cession de fonds de commerce par le locataire de l'immeuble à usage commercial est-elle subordonnée à l'acceptation du propriétaire de l'immeuble ? **P. 4**

Fiscalité de l'entreprise

Avantages fiscaux et financiers :

Encouragement des concessions — La concession peut-elle être qualifiée d'investissement et bénéficier ainsi des avantages fiscaux prévus par la législation en vigueur ? **P. 6**

Bénéficies industriels et commerciaux :

I/ Dotations aux provisions : Les limites et contraintes fiscales en matière de déduction des provisions — L'entreprise est-elle libre de choisir la provision qu'elle entend constituer et déduire du résultat final ? **P. 7**

II/ Traitement fiscal des indemnités de "pas de porte" — L'imposition du droit d'entrée dans les cas de bail commercial. **P. 7**

Fiscalité des salaires :

Imposition des avantages en nature ou en espèces : Le point sur le régime fiscal des — Les chèques cadeaux qui sont accordés par l'employeur au travailleur constituent en principe

FEUILLES RAPIDES de Mise à jour du Manuel du Droit des Affaires réalisées par le **Cabinet Salah AMAMOU**
14, Avenue Salah Ben Youssef 1013 Menzah 9 Tunis, Tél. 71 872.738, 71 874.523, 71 871 602. Fax. 71 874.945.

"chèques cadeaux" un avantage en nature et sont, en conséquence, imposables. **P. 8**

Retenues à la source :

Les traitements, salaires, pensions et rentes viagères : Déduction des retenues sociales : Cas des contributions au régime complémentaire de pension de vieillesse, d'invalidité et de survivants Les contributions au régime complémentaire de pension de vieillesse, d'invalidité et de survivants sont-elles déductibles ? **P. 9**

Industrie cinématographique :

Les nouvelles dispositions légales régissant la création d'entreprises privées dans le domaine culturel et l'importation de films La loi n° 2010-20 du 26 avril 2010 institue l'autorisation préalable pour la création d'entreprises privées pour la production de films cinématographiques et télévisés et organise les opérations d'importation et de distribution de ces productions. **P. 9**

Lettre de change :

Effets de complaisance : Valeur juridique d'un effet de complaisance Quelle est la valeur d'un effet de complaisance ? **P. 10**

Obligations sociales de l'entreprise

Contrat de travail :

La rupture du contrat de travail : La rupture conventionnelle du contrat de travail en droit du travail tunisien Peut-on parler d'une rupture conventionnelle du contrat de travail en droit du travail tunisien ? **P. 11**

Salaires :

Saisie-arrêt des salaires : Une saisie-arrêt peut avoir lieu auprès de l'ancien employeur Une saisie-arrêt d'une somme d'argent représentant des salaires et accessoires est-elle possible entre les mains d'un ancien employeur ? **P. 12**

II/ Retenues à titre d'amende de caractère disciplinaire La retenue sur salaire pour sanction disciplinaire est-elle légale ? **P. 13**

Travail à temps partiel :

Heures supplémentaires dans un contrat de travail à temps partiel Quelles sont les limites concernant l'accomplissement d'heures supplémentaires dans un contrat de travail à temps partiel ? **P. 14**

DEUXIEME PARTIE

Assemblée générale ordinaire annuelle des sociétés :

Mode d'emploi La préparation des assemblées générales ordinaires annuelles (AGOA) : SA et SARL **P. 14**

Associé :

L'acquisition de la qualité d'associé par les héritiers En cas de décès d'un associé, les héritiers deviennent-ils automatiquement associés de la

société ? **P. 18**

Conventions réglementées dans les SARL :

Situation des associés personnes morales eu égard aux conventions interdites — Une SARL, filiale d'une autre société, peut-elle consentir des prêts ou des avances à sa société mère ?

Expertise de gestion :

Expertise de gestion et indivisibilité des actions : La demande d'expertise de gestion par des associés indivisaires. — La demande de désignation d'un expert sur le fondement de l'article 290 bis du codes des sociétés commerciales peut-elle être présentée par un ou plusieurs actionnaires détenant de manière indivise au moins 10 % du capital ? **P. 19**

Gérant de SARL :

Rémunération du gérant de SARL : Fixation de la rémunération du gérant par le juge — Si le gérant ne parvient pas à faire fixer sa rémunération par l'assemblée générale, peut-il en demander la fixation par le juge ? **P. 19**

Transformation des sociétés commerciales :

La transformation de la société anonyme en SUARL — La société anonyme peut-elle se transformer en société unipersonnelle à responsabilité limitée ? **P. 20**

PREMIERE PARTIE

Agence de promotion de l'industrie :

Renforcement des attributions de l'API et nouvelle appellation

L'agence de promotion de l'industrie (API), dont la mission est de mettre en œuvre la politique du gouvernement relative à la promotion du secteur industriel en tant que structure d'appui aux entreprises et aux promoteurs, s'est vue attribuer de nouvelles prérogatives.

En effet, loi n° la 2010-25 du 17 mai 2010, modifiant et complétant la loi n° 91-38 du 8 juin 1991, portant création de l'agence de promotion de l'industrie a ajouté de nouvelles attributions à l'API en matière d'innovation et de développement technologiques et qui consistent notamment à encadrer les entreprises économiques, à les aider à identifier leurs besoins en matière d'innovation technologique, d'en diffuser sa culture, d'œuvrer à la valorisation des résultats de la recherche et du transfert de la technologie, outre la contribution à l'accroissement de la compétitivité et de la productivité, ainsi qu'à la création de nouvelles activités et d'entreprises innovantes.

La loi n° 2010-25 du 17 mai 2010 comporte également une disposition relative au remplacement de l'appellation ancienne de l'API par une deuxième qui intègre le volet technologique, soit "l'agence de promotion de l'industrie et de l'innovation".

Baux commerciaux :

La cession du droit au bail : L'impact du droit au bail sur la cession du fonds de commerce

A observer la pratique de la cession du fonds de commerce en Tunisie, on relève que certains rédacteurs de contrats exigent du vendeur, pour l'accomplissement du contrat de vente, la fourniture de l'acceptation expresse du bailleur de l'immeuble. Ce dernier, quant à lui, exige du vendeur la version d'une somme d'argent en contrepartie de sont acceptation. Somme d'argent qui varie en fonction de la valeur vénale du fonds de commerce. On peut s'interroger alors sur la légalité d'une telle pratique. Dans le même sens d'idées, certains rédacteurs de contrats conseillent à leurs clients d'inclure dans le contrat de bail commercial une clause qui interdit au locataire aussi bien la propriété du fonds de commerce que la mise en location de celui-ci. A quel point peut-on dire que cette clause est licite ?

Beaucoup de gens sont confus à propos du rôle du bailleur de l'immeuble dans l'opération de la cession du fonds de commerce. Ils n'assimilent pas à quel moment les locataires peuvent prétendre à la propriété d'un fonds de commerce, et estiment avec conviction que la cession de celui-ci nécessite l'acceptation express du bailleur de l'immeuble. La diffusion de cette conviction est réconfortée par l'obligation qu'imposent certains rédacteurs de contrats au vendeur du fonds de commerce, et qui consiste à fournir l'acceptation du bailleur comme condition de la cession du fonds de commerce.

Pour lever toute ambiguïté sur la question, nous allons préciser, tout d'abord, à quel moment le locataire exerçant un commerce dans un immeuble devient propriétaire du droit au bail commercial, et de démontrer, ensuite, qu'en dépit du refus du bailleur de l'immeuble, le locataire est habilité à vendre son fonds de commerce.

1. Le moment de l'acquisition du droit au bail : Pour prétendre à la propriété d'un droit au bail, la loi n° 77-37 du 25 mai 1977, réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, dispose dans son article 3, alinéa 1er : "Le droit au renouvellement ne peut être invoqué que par les locataires, leurs cessionnaires ou ayants droit qui justifient qu'ils exploitent un fonds de commerce personnellement ou par l'intermédiaire de leur préposés depuis deux années consécutives".

Afin de garantir la stabilité du locataire dans l'immeuble où il exerce son commerce, le législateur a imposé au bailleur le renouvellement du contrat de bail lorsque les conditions de l'article 3 suscité sont réunies. Cette position du législateur est pertinente dans la mesure où le locataire-commerçant qui acquiert une clientèle, et partant un fonds de commerce, doit être prémuni contre le risque d'être expulsé par le bailleur. Raison pour

laquelle la loi impose à ce dernier de renouveler le contrat de bail, une fois arrivé à terme. Ainsi, le locataire acquiert un nouveau droit, qu'on appelle dans le jargon juridique un droit au bail, qui constitue souvent l'assise du fonds de commerce. Alors quelles sont les conditions pour acquérir ce droit ?

Tout d'abord le contrat de bail doit porter sur un immeuble ou un local dans lequel un fonds de commerce est exploité, et que ce fond de commerce appartient à un commerçant, à un industriel ou à un artisan.

Pour ce qui de la propriété du fonds de commerce, la loi exige que ce dernier doit comporter obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Le locataire, pour démontrer l'existence du fonds de commerce, doit prouver l'existence, parmi les éléments du fonds de commerce, de la clientèle. La question n'est pas facile, le locataire peut user de tous les moyens de preuve pour établir l'existence du fonds de commerce.

Ensuite, le locataire doit établir une jouissance consécutive pendant deux années consécutives.

La réunion de ces conditions permet au locataire d'acquérir un droit de bail dont il peut jouir à l'égard du bailleur.

2. L'impact du droit au bail sur la cession du fonds de commerce : Après avoir démontré selon quelles conditions, le locataire peut devenir propriétaire d'un droit au bail, nous allons essayer maintenant d'analyser la faculté pour celui-ci de céder son fonds de commerce, sans avoir nullement besoin de l'acceptation du bailleur.

L'article 33 de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977 précitée dispose : "Sont également nulles, quelle qu'en soit la forme les conventions tendant à interdire au locataire qui remplit les conditions prescrites par l'article 5 ci-dessus de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise".

Il s'agit bel est bien d'une règle d'ordre public que le bailleur ne peut écarter, même en stipulant dans le contrat de bail une clause interdisant au locateur de céder son droit au bail. La jurisprudence illustre bien cette règle de droit. Elle estime ainsi que lorsque le propriétaire du fonds de commerce n'est pas le propriétaire de l'immeuble où est exercé le commerce, il acquiert un droit de bail à l'égard du propriétaire, dont il peut jouir par tous les actes juridique y compris la sous-location.

Alors, si on s'accorde que le locataire de l'immeuble à usage commerciale, possède le droit de vendre son fonds de commerce sans avoir besoin de l'acceptation du bailleur, existe-il une procédure spéciale pour procéder au transport du bail du vendeur du fonds de commerce au nouveau locataire ?

En fait, la cession du droit au bail est soumise aux règles de cession de créances. L'article 205 du code des obligations et des contrats dispose : "le cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite à ce dernier dans un acte ayant date certaine… ". Il faut alors que le locataire de l'immeuble notifie au propriétaire de l'immeuble le transport du droit au bail au nouveau locataire par le biais d'un des moyens de notification prévus par le code de procédure civile et commerciale. L'acceptation ou le refus de cette transaction, n'ont aucun effet sur la validité de la cession du fonds de commerce.

Ainsi nous pouvons affirmer que le locataire de l'immeuble à usage commerciale, n'est pas tenu de demander l'autorisation du propriétaire de l'immeuble pour procéder à la vente du fonds de commerce. La cession du droit au bail, en matière de location à usage commercial, est réputée régulière s'il est prouvé que le bailleur en a eu connaissance. L'acceptation tacite de la cession, résultant notamment de la délivrance de quittances de loyer, sans réserve, au non du cessionnaire, vaut notification.

En revanche, au regard du débiteur cédé, un droit ne peut être juridiquement transporté au cessionnaire que par la notification de la cession à ce dernier ou son assentiment par un écrit ayant date certaine. Il en résulte que le droit au bail n'est valablement transporté à l'acquéreur d'un fonds de commerce que si cette cession est notifiée au bailleur.

Nous concluons alors que la loi affirme sans équivoque que la cession de fonds de commerce par le locataire de l'immeuble à usage commercial n'est pas subordonnée à l'acceptation du propriétaire de l'immeuble. Il est alors souhaitable que certains rédacteurs de contrats cessent de demander aux locataires-vendeurs de fonds de commerce d'apporter la preuve de l'acceptation du transport du droit au bail par le propriétaire de l'immeuble. Parce que d'une part, la loi n'exige pas une telle condition, et d'autre part parce que le rédacteur, considéré

comme officier public, est supposé informer son client de ses droits qui découlent de la loi, et peut se voir engager sa responsabilité personnelle en cas de négligence cette obligation. Nous estimons également que les propriétaires des immeubles à usage commercial, doivent être conscients du droit du locataire à vendre son fonds de commerce sans nul besoin de leur acceptation, et qu'ils comprennent bien que le fait de demander des sommes d'argent en contrepartie de l'acceptation est illégal, et peut ouvrir droit au locataire de déposer une plainte pour escroquerie.

Fiscalité de l'entreprise

Avantages fiscaux et financiers :

Encouragement des concessions

La concession est un mode de réalisation, de financement, et de gestion d'infrastructures et d'intérêts publics dont le développement est traditionnellement financé par les gouvernements ou par le biais de personnes publiques.

Selon l'article 5 de la loi n° 2008-23 du 1 er avril 2008, relative au régime des concessions, "le concessionnaire peut bénéficier d'incitations et d'avantages et transférer les gains de ses investissements réalisés dans le cadre de la concession.

La participation des étrangers au capital de la société créée pour la réalisation de la concession est possible par voie d'importation de devises et ce, conformément à la réglementation des changes et à la législation en vigueur relative aux investissements étrangers ".

Ceci étant la loi en vigueur permet aux concessionnaires de bénéficier des avantages et des investissements prévus dans les législations relatives aux investissements en vigueur.

Il s'agit essentiellement du code d'incitations aux investissements tel que promulgué par la loi 93-120 du 27 décembre 199, dont le champ d'application s'étend aussi bien aux tunisiens qu'aux étrangers.

D'autre part, l'article 5 de la loi de l'année 2008, autorise les étrangers à participer aux concessions. Cette participation se fait par " importation de devises " afin de participer au capital de la société créée pour la réalisation de la concession.

Ainsi, la voie de la participation des étrangers aux concessions est l'importation des devises en Tunisie pour participer au capital d'une société.

L'article 5 ne vise pas explicitement le cas de réinvestissement, lorsqu'une entreprise au lieu de transférer son bénéfice ou son capital à l'étranger décide de le réinvestir en participant à des opérations de concessions.

Dans la mesure où la finalité économique est la même, il semble que le réinvestissement est admis.

Plusieurs Etats réalisent des investissements à l'étranger directement ou par le biais d'entités publiques.

Récemment, plusieurs fonds d'investissements publics - en particulier ceux des Etats du Golfe ou de la Chine - sont devenus enclins à réaliser des investissements à l'étranger.

En outre, il n'est pas exclu que certaines organisations internationales ou des entités publiques internationales seraient intéressées par des concessions en Tunisie.

On peut citer à cet égard la société arabe d'investissement constituée par 18 Etats arabes dont l'objectif est d'investir les fonds arabes dans différents secteurs économiques.

Il faut dire que les concessions sont des investissements risqués et sensibles. Risqué, car l'investisseur ne peut rentabiliser son investissement qu'après une période d'exploitation qui pourrait être longue.

Sensible, parce que les concessions sont intimement liées à la souveraineté et l'activité étatique. Le contrat est conclu avec une personne publique.

Il concerne les services publics, matière dont la gestion pourrait changer selon le temps et les gouvernements. Le besoin de sécurisations et de garanties est primordial pour la réussite de la concession.

Bénéficies industriels et commerciaux :

I/ Dotations aux provisions : Les limites et contraintes fiscales en matière de déduction des provisions

Selon la norme comptable n° 14 relative aux éventualités et événements postérieurs à la date de clôture, une provision est une constatation comptable d'une diminution de valeur d'un élément d'actif (provision pour dépréciation) ou d'une augmentation du passif (provision pour risques et charges), précise quant à sa nature, mais incertaine quant à sa réalisation et que des événements survenus ou en cours rendent prévisible à la date de clôture de l'exercice.

En droit fiscal, l'article 12 du code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés reconnaît trois sortes de provisions fiscalement déductibles du bénéfice imposable. Ces provisions sont considérées comme charge déductible nécessitée par l'exploitation, qui sont : Provision pour créance douteuse, provisions pour dépréciation du stock destinée à la vente et provision pour dépréciation des actions cotées en bourse.

L'administration fiscale admet en déduction des provisions moyennant des conditions limitatives. Mais, le refus de la déduction de toute autre provision a pour motif que ces provisions constatant de manière anticipé des pertes ou charges qui ne se révéleront probablement définitives qu'ultérieurement.

Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir si l'entreprise est-elle libre de choisir la provision qu'elle entend constituer et déduire du résultat final ?

Autrement dit, la société peut-elle appliquer une provision qui n'est pas prévue par le droit fiscal mais plutôt par le droit comptable ?

L'administration fiscale refuse la déduction de toute autre provision non prévue par les dispositions fiscales au motif que ces provisions constatant de manière anticipé des pertes ou charges qui ne se révéleront probablement définitives qu'ultérieurement.

Cependant, la majorité de la doctrine rejette la position de l'administration fiscale et appelle à la libre déduction des provisions en s'appuyant essentiellement sur ce qui suit :

- D'une part, l'article 12 du code de l'IRPP et de l'IS qui dispose que " le résultat net est établi après déduction de toutes charges nécessitées par l'exploitation, celles-ci comprennent notamment : .... ". Selon elle, cet article fournit une énumération indicative et non limitative des charges déductibles de l'entreprise.

- D'autre part l'article 14 code de L'IRPP et de l'IS qui exclu la déduction de certaines charges et qui en donne une liste limitative, n'a pas exclu les provisions autres que celles admises par ledit code.

Il semble que la position de cette doctrine est exempte de toute critique puisqu'elle parait en harmonie avec la tendance actuelle vers l'admission de toute sorte de provision nécessitée par l'exploitation. Les provisions constatées pour des raisons comptables doivent être déductibles fiscalement.

II/ Traitement fiscal des indemnités de "pas de porte"

A la signature d'un contrat de bail, la loi ne prévoit pas le versement d'une somme d'argent par le locataire au propriétaire, autre que le loyer et l'éventuel dépôt de garantie, fixés d'un commun accord entre les parties.

Toutefois, une pratique s'est établie selon laquelle, le propriétaire d'un immeuble sollicite à l'entrée de son locataire commerçant une somme d'argent qui compenserait l'indemnité que le propriétaire serait tenue de verser au locataire le jour de son éviction. Il s'agit du " pas-de-porte " ou du " droit d'entrée " qui ne sont ni plus ni moins, à l'origine que le " coût d'éviction du locataire " ou la déperdition de l'immeuble du fait de l'occupation par un commerçant privant le propriétaire de pouvoir récupérer son local sans avoir à payer une indemnité à son locataire partant.

Mais le propriétaire peut aussi considérer que le pas de porte est un supplément de loyer, il sera alors intégré lors des révisions de loyers et permet un paiement fractionné sur la durée du bail.

Quid en droit fiscal ? Le droit d'entrée (ou pas-de-porte) versé par le preneur au bailleur peut

être assimilé soit à un supplément de loyer, soit au prix d'acquisition d'un élément incorporel du fonds de commerce.

Tout est question d'appréciation de faits qui requiert que soient connus les clauses du bail, le montant de ce droit d'entrée et les éventuels avantages consentis par le propriétaire en sus du droit de jouissance découlant du bail.

En confrontant ces éléments, à la date où l'indemnité a été stipulée, au montant du loyer normal, il se dégage un critère séparant ces deux notions.

Si le loyer est jugé d'un niveau normal, l'indemnité est réputée correspondre à l'acquisition d'un élément incorporel et n'est donc ni déductible, ni amortissable.

A l'inverse, si la valeur locative des locaux est supérieure aux loyers stipulés, le pas-de-porte versé constituera un supplément de loyer et sera dès lors déductible des résultats du locataire. Cela vaut au moins pour la partie de l'indemnité correspondant à la différence entre les loyers versés et la valeur locative des locaux, le surplus pouvant ne pas être déductible : c'est le cas du pas-de-porte mixte.

Lorsque ce droit d'entrée présente le caractère d'un supplément de loyer, sa déduction doit être répartie sur une période au moins égale à la durée du bail, mais rien ne s'oppose à ce que le locataire choisisse de le répartir sur une durée plus longue.

Mais si le traitement fiscal du droit d'entrée semble bien établi pour le locataire, des interrogations et des divergences subsistent du côté du propriétaire bailleur.

En effet, lorsqu'elles ont le caractère d'un supplément de loyer, les indemnités de "pas-de-porte" versées par le locataire doivent être imposées de façon étalée sur toute la durée du bail commercial.

Cependant, cette position diffère de celle de l'administration fiscale qui estime que les indemnités de " pas-de-porte " doivent être imposées en totalité l'année au titre de laquelle elles sont acquises au propriétaire.

Fiscalité des salaires :

Imposition des avantages en nature ou en espèces : Le point sur le régime fiscal des "chèques cadeaux"

Le chèque cadeau peut être défini comme un avantage en nature équivalent à un avantage en argent. Il s'agit d'un crédit d'achat qui s'effectue ou s'échange en magasin. Il s'oppose aux cadeaux (" objet ou service remis en nature : par exemple un objet de décoration, un billet de spectacle") et aux bons de réductions (" avantage lié à l'achat d'un produit bien déterminé). Le chèque cadeau, lui peut être échangé contre des produits de toute nature auprès d'un ou plusieurs magasins. .

Certaines entreprises allouent des chèques cadeaux à leur personnel. Mais, quel est le régime fiscal applicable aux sommes concernées ?

D'une manière générale et sous réserve des exonérations expressément prévues par la loi, les sommes versées par les employeurs, sous la forme d'aides exceptionnelles ou d'avantages en argent ou en nature à leurs salariés, présentent le caractère de compléments de rémunération imposables à l'impôt sur le revenu, au même titre que la rémunération principale, selon les règles de droit commun applicables aux traitements et salaires, en application des articles 25 et 26 du code de l'IRPP et de l'IS.

La doctrine administrative (notamment BODI - Texte DGI n° 90/07 - Note commune n° 2 ; pages 49 à 65) trace les limites des éléments exclus de l'assiette imposable dans la catégorie des traitements et salaires.

Ainsi, se trouvent, selon la doctrine administrative, exclus de l'assiette imposable, les éléments suivants servis aux employés et salariés :

(1) L'indemnité de salissure.
(2) L'indemnité de panier ou la nourriture servie au personnel astreint (contraint) à rester sur les lieux du travail durant les heures de repas.
(3) Le logement pour les personnes astreintes à rester sur les lieux du travail même en dehors des heures de service ou son équivalent en indemnité servie en argent.
(4) Le logement fourni par l'employeur du fait de l'isolement du lieu du travail (par nécessité de

service).
(5) L'uniforme de travail et le matériel de sécurité (casques, lunettes, gants, etc...).
(6) Les avantages octroyés pour des raisons de protection sanitaire du salarié : Lait, savon etc... ou leur équivalent servi en indemnité en argent.
(7) La prise en charge du téléphone en raison de son utilisation pour les besoins du service.
(8) Les remboursements de frais : Effectués soit sur justifications produites par le salarié telles que factures d'hébergement, de restaurant, de transport... ou sur la base d'un forfait fixé par les textes réglementaires (Décrets, conventions collectives).
(9) Les sommes prélevées sur le fonds social pour servir le financement des tickets restaurant, une cantine et tout autre avantage au personnel.
(10) La fourniture gratuite de publications périodiques.
(11) La gratuité du transport pour les agents actifs des sociétés de transport.

Pour ce qui concerne l'exonération des chèques cadeaux de l'impôt sur le revenu, il semble qu'aucune doctrine administrative ou position administrative ne soit intervenue à ce jour sur ce point particulier. Il en résulte que le chèque cadeaux offert à un salarié constitue un avantage en nature ou en argent du point de vue de la législation fiscale et donc soumis à la retenue à la source.

Retenues à la source :

Les traitements, salaires, pensions et rentes viagères : Déduction des retenues sociales : Cas des contributions au régime complémentaire de pension de vieillesse, d'invalidité et de survivants

La détermination du revenu imposable de la catégorie des traitements, salaires, pensions et rentes viagères est régie par les articles 25, 26 et 38 du code de l'IRPP et de l'IS.

Aux termes du paragraphe I de l'article 26 du code de l'IRPP et de l'IS, le salaire net catégoriel imposable est déterminé en déduisant du montant brut les retenues obligatoires effectuées par l'employeur en vue de la constitution de rentes, de pensions de retraite ou pour la couverture des régimes obligatoires de sécurité sociale.

Selon la doctrine administrative (BODI - Texte DGI n° 90/07, Note commune n° 2 ; pages 49 à 65), seules les retenues sociales à caractère obligatoire sont admises en déduction.

Ainsi, l'adhésion au régime complémentaire de pension de vieillesse, d'invalidité et de survivants de étant facultative, c'est-à-dire dépendant de la seule volonté du salarié, les déductions opérées à ce titre ne sont pas déductibles de l'assiette imposable à l'IRPP et supportent la retenue à la source.

Lorsqu'une telle contribution est obligatoire dans le cas spécifique de l'entreprise, elle devient déductible de l'assiette imposable à l'IRPP. En effet, selon une prise de position (1450) de l'année 2000, la cotisation des salariés des compagnies d'assurance à l'assurance groupe étant obligatoire en vertu de la convention collective régissant le secteur, elle est en conséquence déductible de l'assiette soumise à la retenue à la source au titre de l'IR.

Sous toutes réserves, dans le cas où ce régime complémentaire est à la fois obligatoire et généralisée à tout le personnel de l'entreprise, la retenue effectuée est déductible de l'assiette imposable à l'IRPP et non prises en compte pour le calcul des retenues à la source.

Industrie cinématographique :

Les nouvelles dispositions légales régissant la création d'entreprises privées dans le domaine culturel et l'importation de films

La loi n° 2010-20 du 26 avril 2010, relative à l'organisation de la création des entreprises privées dans certaines activités culturelles vient d'être promulguée et comporte des nouveautés quant à la création des entreprises privées de production de films cinématographiques et de télévision.

Ainsi la loi précitée a abrogé les dispositions de l'article premier du code de l'industrie

cinématographique promulgué par la loi n° 60-19 du 27 juillet 1960 ainsi que les dispositions de l'article premier de la loi n° 81-45 du 29 mai 1981 relative à l'importation et à la distribution de films cinématographiques, et les a remplacé par des dispositions nouvelles.

En effet, selon la loi précitée la création de ce type de projets est soumise à une autorisation délivrée par le ministre chargé de la culture après avis d'une commission consultative dont la composition et les modes de fonctionnement sont fixés par décret.

Par ailleurs, l'importation et la distribution de films cinématographiques et de télévision à des fins commerciales, sont assurées par des entreprises tunisiennes soumises à l'autorisation du ministre chargé de la culture après avis de la commission consultative citée ci-avant.

Le demandeur d'autorisation de création d'une entreprise privée de production de films cinématographiques et de télévision, doit présenter une demande jointe de toutes les pièces et données relatives à l'entreprise dont la création est envisagée, à ses dirigeants et à son siège. La liste de ces pièces et données, les caractéristiques relatives au bâtiment qui hébergera l'entreprise, les équipements et les matériaux nécessaires mis à sa disposition, ainsi que l'organisation du suivi du fonctionnement des entreprises privées de production de films cinématographiques et de télévision, sont fixés par décret.

Le représentant légal de l'entreprise privée de production de films cinématographiques et de télévision ne doit pas avoir fait l'objet d'un jugement de faillite ou avoir été condamné à titre irrévocable pour crime ou délit relatif à l'honneur ou à la probité, à une peine d'emprisonnement ferme de plus de trois mois ou à une peine de plus de six mois avec sursis.

Le représentant légal de l'entreprise privée de production de films cinématographiques et de télévision ne doit pas également, avoir fait l'objet d'une sanction de suspension définitive de l'exercice de l'activité de production de films cinématographiques et de télévision suite à une sanction disciplinaire prononcée à son encontre.

Le titulaire de l'entreprise privée de production de films cinématographiques et de télévision doit conclure les contrats d'assurance nécessaires pour couvrir les risques d'incendies, les conséquences de sa responsabilité civile et professionnelle découlant de l'activité de l'entreprise, les préjudices et les pertes qui pourraient être subis par les usagers de l'entreprise ou les tiers, conformément à la législation et à la réglementation en vigueur.

Lettre de change :

Effets de complaisance : Valeur juridique d'un effet de complaisance

Dans la pratique des affaires, une lettre de change est un titre par lequel une personne dénommée tireur invite une autre personne dénommée tiré à payer une somme d'argent à une date déterminée à l'ordre d'un bénéficiaire désigné. Elle est donc émise sur les bases d'un rapport juridique préexistant entre le tireur et le tiré, il s'agit de la provision Cependant il arrive que des personnes escomptent des effets de commerce sans qu'aucune provision n'existe.

L'effet de complaisance est un titre (lettre de change, billet à ordre) qui est utilisé de façon à tromper les tiers sur les relations entre les parties et leur situation.

Concrètement, une personne (" le complaisant ") signe un effet de commerce, bien qu'elle ne doive rien, au bénéfice de l'autre partie (" le complu ") afin que celle-ci puisse faire escompter l'effet par son banquier et obtenir le crédit voulu.

Il va de soi qu'à l'échéance de la traite le problème du paiement ne manquera pas de surgir puisque par définition la traite n'est jamais provisionnée.

Pour remédier à cela, les parties recourent habituellement à la fuite en avant avec la technique des effets de cavalerie. Ce procédé consiste simplement à émettre un nouvel effet de complaisance peu de temps avant l'échéance du premier de manière à l'escompter et ainsi à payer le premier effet. A chaque étape, le montant de l'effet doit être plus important pour couvrir les frais d'escompte.

Légalement, il n'existe aucun texte prononçant la nullité de plein droit de l'effet de complaisance, mais cette nullité est acquise par la jurisprudence (Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 17 février 1959). La sanction repose sur le caractère illicite - contraire à l'ordre

public - de la cause de l'engagement entre le complaisant et le complu.

Cette nullité produit des effets différents selon que l'on s'attache aux parties ou aux tiers. Entre les parties, la nullité produit tous ses effets. Bien qu'ils aient tous agi de mauvaise foi, ils peuvent se retourner les uns contre les autres du fait que l'obligation cambiaire qui les liait est censée n'avoir jamais existé. Pour les tiers, celui qui est de bonne foi, c'est-à-dire celui qui n'avait pas connaissance du caractère complaisant de l'effet, conserve tous ses recours contre les signataires de la traite. Le porteur de mauvaise foi ne peut agir que contre celui qui lui a cédé l'effet sur le fondement de la nullité de la convention qui les lie.

Mais au-delà des sanctions du droit cambiaire, peuvent s'ajouter des sanctions plus graves : redressement judiciaire, banqueroute personnelle et délit d'escroquerie.

Obligations sociales de l'entreprise

Contrat de travail :

La rupture du contrat de travail : La rupture conventionnelle du contrat de travail en droit du travail tunisien

La rupture conventionnelle du contrat de travail est un procédé qui autorise l'employeur et le salarié à convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. Elle résulte d'une convention signée par l'employeur et le salarié.

Elle n'est ni un licenciement, ni une démission et ne peut être imposée par aucune des parties.

Un tel procédé de rupture du contrat de travail existe-il en droit du travail tunisien ?

Selon une certaine opinion, la rupture conventionnelle du contrat de travail existe juridiquement en droit tunisien.

En effet, le contrat de travail, en dehors de la législation propre à cette matière, demeure un contrat qui est soumis aux règles générales des contrats. Ainsi suivant cette opinion, les parties au contrat peuvent valablement mettre fin à celui-ci par un accord mutuel, étant donné que le contrat est la loi des partie selon l'article 242 du code des obligations et des contrats.

Ensuite, l'article 14 du code du travail prévoit également que le contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée peut prendre fin par l'accord des parties.

Toutefois, selon une autre opinion, le code du travail n'a nullement prévu la procédure de la rupture conventionnelle du contrat de travail. Ce mode de cessation du contrat de travail à durée indéterminée, a été le fruit d'une récente loi en France qui date du 25 juin 2008. En fait, cette nouvelle loi, en France, avait pou objectif de faciliter l'entrée dans l'entreprise et améliorer le parcours en emploi, sécuriser les contrats et renforcer le retour à l'emploi, ce texte a été le résultat d'un accord national interprofessionnel signé le 11 janvier 2008 par les partenaires sociaux.

Par ailleurs, la rupture conventionnelle du contrat de travail telle que fixée en France par la loi du 25 juin 2008, n'est pas une rupture entièrement conventionnelle, comme le laisse entendre l'intitulé de cette rupture. En fait, les parties au contrat ne sont pas entièrement libres de fixer les conditions et les modalités de la rupture du contrat de travail. Elles sont, au contraire, liées par les procédures imposées par la loi. Ce qui veut dire que la rupture de ce contrat n'est pas soumise uniquement à la volonté des parties, c'est à dire l'employeur et le salarié. Ainsi, on peut s'interroger sur la signification du vocable " conventionnelle ", dés le moment où les parties ne peuvent pas s'entendre librement du montant de l'indemnisation et soumettre l'exécution du contrat à leur seul désir.

La rupture conventionnelle, en France, est soumise donc à un formalisme juridique qu'il faut respecter.

Tout d'abord, La rupture conventionnelle est exclusive du licenciement ou de la démission ; elle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Cette rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat, c'est-à-dire l'employeur et le salarié ; cette convention est soumise aux dispositions impératives fixées par le code du travail en France, destinées à garantir la liberté du consentement des parties.

Ensuite la convention de rupture élaborée entre l'employeur et le salarié définit les conditions de cette rupture, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui sera versée au salarié. Ce montant ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement. Cette convention fixe également la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation de la convention par l'autorité administrative.

Par ailleurs, afin d'éviter les décisions trop hâtives, et afin de permettre à chaque partie de mesurer la portée de sa décision, la loi impose un délai minimum entre la signature de la convention et sa transmission à l'autorité administrative pour homologation ou pour autorisation ; et permet à chaque partie de revenir sur sa décision durant ce délai. Ainsi, à compter de la date de signature de la convention par l'employeur et le salarié, l'un et l'autre dispose d'un délai de 15 jours calendaires (tous les jours de la semaine sont comptabilisés) pour exercer ce droit de rétractation. Celui-ci est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie. Pour se prémunir de toute difficulté, la partie qui souhaite se rétracter a intérêt de le faire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise à l'autre partie en main propre contre décharge mentionnant la date de remise.

À l'issue du délai de rétractation mentionné ci-dessus, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative compétente (c'est-à-dire le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle), avec un exemplaire de la convention de rupture. L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables (c'est à dire que sont exclus les dimanches et les jours fériés- voir précisions ci-dessous), à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect de la liberté de consentement des parties et des conditions prévues par le Code du travail : respect des règles relatives à l'assistance des parties, au droit de rétractation, au montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle…

A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise (il s'agira donc d'une homologation "tacite" ou "implicite") et l'autorité administrative est dessaisie. La validité de la convention est subordonnée à son homologation ; en d'autres termes, la convention n'aura aucune validité et ne sera donc d'aucun effet sur le contrat de travail qui continuera alors de s'exécuter dans les conditions habituelles.

Ainsi, la rupture conventionnelle du contrat de travail en France, n'est pas entièrement consensuelle, et doit respecter les conditions obligatoires imposées par la loi. Le législateur français, bien qu'il ait utilisé le vocabulaire civiliste de la "rupture conventionnelle", a ordonné un certain nombre de mesures ayant un caractère protecteur du salarié, ce qui attribue au droit de travail son originalité par rapport aux autres matières du droit. Cependant, il va de soit que la rupture conventionnelle du contrat de travail constitue un mode souple efficace et moins couteux de cessation du contrat de travail, il privilège la transaction sur le contentieux, ce qui s'accommode mieux avec la vie des affaires.

Nous concluons alors que la rupture du contrat de travail par l'accord des parties telle que prévue par l'article 14 du code du travail ne correspond nullement à la rupture conventionnelle du contrat de travail telle que prévue par le législateur français.

Si la rupture amiable du contrat de travail est possible en droit du travail tunisien, elle n'est en revanche pas réglementée : les parties définissent librement les conditions de départ du salarié de l'entreprise, sans cadre juridique.

Salaires :

I/ Saisie-arrêt des salaires : Une saisie-arrêt peut avoir lieu auprès de l'ancien employeur

Les diverses législations, y compris la législation tunisienne, s'accordent sur le fait que la saisie-arrêt sur salaire est la procédure par laquelle un créancier (le saisissant) fait arrêter entre les mains d'un tiers (le tiers saisi, généralement l'employeur) une portion légalement délimitée des sommes qui sont dues à son débiteur (le saisi) à titre de rémunération pour le travail effectué dans le cadre d'un contrat de travail.

Toutefois, la saisie des rémunérations dues par un employeur prévue par les dispositions des articles 353 et suivants du code de procédure civile et commerciale est-elle applicable lorsque

le contrat de travail n'est plus en cours d'exécution ?

Selon une première opinion, une interprétation littérale du texte conduit à écarter la procédure spéciale lorsque le lien de droit entre le salarié et l'employeur, c'est-à-dire le lien de subordination, n'existe plus. Il convient, en effet, non seulement que les sommes soient dues "à titre de rémunération", mais encore qu'elles soient dues "à des personnes salariées". On en déduit, a contrario, que si le créancier des rémunérations n'est plus salarié, la procédure spéciale n'est pas applicable et le droit commun retrouve à s'appliquer. La rémunération n'est ainsi protégée contre la saisie de droit commun que pendant la période durant laquelle celui qui la touche est sous la subordination de celui qui la verse.

Selon une deuxième opinion, les dispositions des articles 353 et suivants du code de procédure civile et commerciale instituent un régime d'insaisissabilité partielle et totale du salaire. Ce dispositif législatif a clairement pour finalité de mettre à l'abri du droit commun de la saisie certaines sommes assurant les moyens d'existence du travailleur salarié. Cette finalité "sociale" apparaît d'ailleurs clairement à la lecture de l'article 354 du code de procédure civile et commerciale qui détermine des seuils en fonction des circonstances économiques. Le régime protecteur n'a pas pour fonction de protéger le salarié en raison de sa subordination juridique à l'employeur mais en raison de l'importance économique des sommes qui lui sont versées à titre de salaire. L'extinction du lien de subordination ne faisant pas disparaître l'importance économique de la rémunération, on ne voit pas de raison particulière d'évincer le régime protecteur lorsque le contrat de travail n'est plus en cours d'exécution.

Ainsi, selon cette deuxième opinion, la saisie des rémunérations dues par un employeur est soumise aux dispositions des articles 353 et suivants du code de procédure civile et commerciale, que le contrat de travail soit ou non en cours d'exécution. En cette matière, la persistance du lien de subordination importe peu : le critère exclusif permettant de déterminer la procédure à appliquer est celui de la nature juridique de rémunération des sommes saisies. Parce qu'elle est la clé de l'articulation des deux procédures, la nature salariale des sommes saisies revêt une importance décisive.

II/ Retenues à titre d'amende de caractère disciplinaire

Le code du travail autorise certaines retenues sur les salaires dans des conditions et limites prescrites par le code lui-même. Dans ces conditions, l'employeur peut-il effectuer une retenue sur salaire à titre d'amende de caractère disciplinaire ?

Les retenues effectuées au titre d'amendes de caractère disciplinaire, de négligences ou d'infractions au règlement de l'entreprise sont autorisées dans certains pays. Ainsi, des amendes peuvent être imposées pour des infractions disciplinaires en ce qui concerne les horaires de travail, le règlement du lieu de travail ou le comportement personnel.

Dans d'autres pays, il est expressément interdit d'imposer des amendes de caractère disciplinaire par le biais de retenues sur le salaire. Aussi, toute clause contractuelle prévoyant des retenues sur le salaire au titre d'amendes de caractère disciplinaire est nulle et non avenue et n'a pas force contraignante pour les parties, et que l'imposition d'amendes est contraire à la loi, quels que soient les motifs ou la nature de ces amendes.

Quid en Tunisie ? La liberté de fixation des sanctions par l'employeur est limitée. Pour chaque type de faute, il existe une sanction prévue par la législation du travail.

Selon l'article 37 de la convention collective cadre, les sanctions disciplinaires applicables aux travailleurs suivant la gravité des fautes commises sont :

- l'avertissement verbal,
- l'avertissement par écrit avec inscription au dossier,
- le blâme avec inscription au dossier,
- la mise à pied pour une période maximale de 3 jours privative de toute rémunération.
- la mise à pied pour une période ne dépassant pas sept jours, privative de toute rémunération ;
- la mise à pied pour une période allant de huit à trente jours, privative de toute rémunération ;
- l'abaissement d'échelon ;
- la rétrogradation d'échelle ;
- la révocation.

Ainsi, la faute commise par le salarié peut entraîner le recours par l'employeur, à des sanctions, allant du simple avertissement verbal

à la révocation.
En conséquence, les retenues au titre d'amendes de caractère disciplinaire équivaudraient à une punition non prévue par la législation du travail.

Travail à temps partiel :

Heures supplémentaires dans un contrat de travail à temps partiel

Le contrat de travail à temps partiel est conclu avec un salarié dont la durée du travail est inférieure à la durée pratiquée dans l'entreprise. Obligatoirement écrit, ce contrat comporte certaines clauses pour garantir les droits du salarié concerné.

La durée de travail prévue dans un contrat de travail à temps partiel doit être respectée. Elle peut néanmoins varier par l'accomplissement d'heures supplémentaires.

Selon l'article 94-6 du code du travail, sont considérées heures supplémentaires les heures effectuées par le travailleur à temps partiel au-delà de la durée normale de travail fixée par le contrat de travail.

Toutefois, le recours aux heures supplémentaires n'est pas libre, il est strictement encadré.

En effet, l'alinéa deux de l'article 94-6 du code du travail soumet l'accomplissement des heures supplémentaires aux conditions suivantes :

- L'exécution des heures supplémentaires nécessite l'accord des deux parties. Ainsi, un salarié peut refuser les heures supplémentaires sans que cela provoque son licenciement. D'un autre côté, le salarié peut imposer des heures supplémentaires à son employeur.

- le nombre des heures supplémentaires ne doit dé passer le tiers de la durée du travail fixée par le contrat de travail Ainsi, par exemple, pour une durée de travail hebdomadaire fixée à 30 heures, le salarié ne peut effectuer plus de 10 heures supplémentaires par semaine.

- le total de la durée du travail fixée par le contrat de travail et des heures supplémentaires ne doit pas excéder la durée normale du travail applicable au travailleur à plein temps dans la même entreprise.

DEUXIEME PARTIE

Assemblée générale ordinaire annuelle des sociétés :

Mode d'emploi

En cette fin de semestre, la préparation des assemblées générales annuelles commence pour les sociétés. En effet, le code des sociétés commerciales (article 128 pour les SARL et article 275 pour les SA) requiert que ces assemblées soient réunies dans un délai de six mois à la clôture de l'exercice, afin d'approuver les comptes de l'exercice précédent.

L'assemblée générale annuelle est soumise à un formalisme précis à respecter sous peine de sanction à savoir la nullité de l'assemblée irrégulièrement convoquée (non-respect des délais, de la forme, du contenu de l'ordre du jour…). Aussi est-il souhaitable de bien organiser ladite assemblée.

1. Préparation

Pour les SARL, les associés sont convoqués à l'assemblée générale annuelle ordinaire par le gérant, et à défaut par le commissaire aux comptes s'il en existe un.

La convocation sera adressée par lettre recommandée avec accusé de réception vingt jours au moins avant la date de la tenue de l'assemblée générale. Elle mentionne clairement l'ordre du jour de l'assemblée générale ainsi que le texte des résolutions proposées.

Pour les SA, l'assemblée générale ordinaire est convoquée par le conseil d'administration par un avis publié au Journal Officiel de la République Tunisienne et dans deux quotidiens dont l'un en langue arabe, dans le délai de quinze jours au moins avant la date fixée pour la réunion. L'avis indiquera la date et le lieu de la tenue de la réunion, ainsi que l'ordre du jour.

Outre les questions rituelles relatives à l'approbation des comptes (sociaux et consolidés)

de l'exercice précédent et à la distribution des dividendes, l'ordre du jour des assemblées annuelles comporte des résolutions relatives à la nomination (ou au renouvellement) des membres du conseil d'administration ou d'administrateurs ou du (des) gérant (s) en ce qui concerne la SARL.

En plus de l'acte de convocation, certains documents doivent être envoyés obligatoirement aux associés ou être tenus à leur disposition au siège social quinze jours avant la date de l'assemblée pour les actionnaires.

Pour les SARL, trente jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale, les documents suivants doivent être communiqués aux associés par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen ayant trace écrite : Il s'agit du rapport de gestion, de l'inventaire des biens de la société, des états financiers, du texte des résolutions proposées et du rapport du commissaire aux comptes aux cas où sa désignation est obligatoire.

Pour la SA, d'abord, l'article 286 du code des sociétés commerciales dispose "Avant la réunion de toute assemblée générale, tout actionnaire a le droit d'obtenir, dans les conditions et délais déterminés par les statuts, communication de la liste des actionnaires".

Ensuite, l'article 280 du même code dispose "Le conseil d'administration ou le directoire doit mettre à la disposition des actionnaires au siège de la société, quinze jours au moins avant la date prévue pour la tenue de l'assemblée, les documents nécessaires pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause et de donner leur avis sur la gestion et le fonctionnement de la société".

L'étendue exacte du droit d'information préalable aux assemblées générales n'a pas été définie de façon précise par la loi qui s'est limitée à exiger des organes de direction de mettre à la disposition des actionnaires "les documents nécessaires pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause et de donner leur avis sur la gestion et le fonctionnement de la société".

Bien que la loi ne le dise pas expressément, il semble que le droit de communication préalable à toutes les assemblées générales comprenne toujours l'ordre du jour et le texte des résolutions puisque ces documents sont nécessaires aux actionnaires pour juger l'importance des questions qui seront traitées lors des assemblées.

Aussi, on pourrait affirmer que tout document dont la préparation est requise par la loi et qui est destiné à être présenté aux assemblées d'actionnaires constitue valablement un document entrant dans le champ d'application du droit de consultation préalable aux assemblées.

Cette logique peut être confirmée par les dispositions de l'article 285 du code des sociétés commerciales traitant des énonciations que le procès-verbal des assemblées générales doit obligatoirement contenir. Ledit article exige, en effet, que le procès-verbal des assemblées générales contienne "les documents et les rapports soumis à l'assemblée générale".

Partant de ce principe, les documents suivants doivent être mis à la disposition des actionnaires avant la tenue des assemblées :

- les états financiers,
- le rapport annuel détaillé sur la gestion de la société.
- les rapports annuels (rapport général et rapport spécial sur les conventions réglementées) du commissaire aux comptes,

2. La tenue de l'assemblée

La tenue de l'assemblée générale ordinaire annuelle est astreinte à certaines conditions. Il est constitué un bureau présidé par le président directeur général, le président du conseil d'administration ou le cas échéant par un actionnaire choisi par les associés présents, comprenant outre le président, deux scrutateurs (les deux actionnaires possédant le plus grand nombre d'actions), un secrétaire.

D'abord, il incombe aux membres du bureau de certifier l'exactitude de la feuille de présence (Article 282 du code des sociétés commerciales).

Ensuite et bien que la loi ne le prévoie pas d'une manière expresse, ils doivent veiller au bon déroulement de la réunion, trancher sur les différends qui doivent surgir au cours de l'assemblée et contrôler le vote des résolutions. Le rôle du président est particulièrement important dans la mesure où il détient " la police de l'assemblée.

Enfin, le procès verbal de l'assemblée doit être signé par les membres du bureau, et le refus de l'un d'eux doit être mentionné (Article 285 du code des sociétés commerciales).

Pour la SARL, l'assemblée est présidée par le gérant ou l'un des gérants. Mais si aucun gérant

n'est associé c'est l'associé possédant le plus grand nombre de parts sociales qui préside. Le code des sociétés commerciales ne prévoit ni de secrétaire de séance, ni de scrutateurs pour les assemblées annuelles d'une SARL.

Il doit être tenu une feuille de présence pour la SA. Cette feuille de présence sera émargée par les actionnaires présents ou leur représentant avant de passer à l'ordre du jour. Aussi, ce document doit inclure les actionnaires votant par correspondance.

Aux termes de l'article 282 du code des sociétés commerciales, la feuille de présence contient :

- l'énonciation des noms des actionnaires ou de leurs représentants ;
- leurs domiciles ;
- le nombre des actions leur revenant ou revenant aux tiers qu'ils représentent.

Sur la base de la liste établie, sera fixée la totalité du nombre des actionnaires présents ou représentés ainsi que la totalité du capital social leur revenant tout en déterminant la part du capital social revenant aux actionnaires bénéficiaires du droit de vote (Article 282 du code des sociétés commerciales).

Lorsque des actionnaires ont voté par correspondance, les renseignements y afférents peuvent être remplacés par une simple indication sur la feuille de présence.

Les actionnaires présents ou leurs mandataires doivent procéder à l'émargement de la feuille de présence (Article 282 du code des sociétés commerciales).

Après émargement par les actionnaires, la de la feuille de présence doit être certifiée par le bureau de l'assemblée générale (Article 282 du code des sociétés commerciales).

Une feuille de présence n'est pas obligatoire pour la SARL, toutefois, il est préférable d'avoir aussi une feuille de présence) pour la SARL.

En ce qui concerne la répartition des voix dans les assemblées générales de SARL ou de SA, chaque associé ou actionnaire a le droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts ou actions qu'il possède.

Dans la SARL, les décisions sont approuvées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital social. L'article 130 du code des sociétés commerciales dispose "Si la majorité prévue ci-dessus n'est pas atteinte lors de la première assemblée, les associés sont convoqués de nouveau sans que le délai entre la première et la seconde assemblée générale soit inférieur à 15 jours et cette convocation se fera par lettre recommandée avec accusé de réception huit jours au moins avant la tenue de la deuxième assemblée. Lors de la seconde assemblée générale, les décisions sont prises à la majorité des voix des associés présents ou représentés quelque soit le nombre des votants, sauf stipulation contraire des statuts.

La tenue d'une deuxième assemblée est obligatoire dés lors qu'une majorité supérieure à la moitié du capital social n'est pas réunie.

Dans les SA, les décisions sont prises à la majorité des voix dont disposent les actionnaires, avec un quorum minimum égal à un quant des actions ou sans quorum à la deuxième consultation si ce minimum n'a pas été atteint. La révocation des administrateurs de SA se fait à la majorité relative.

Outre le droit de vote pour les associés et actionnaires, ces derniers jouissent du droit d'être informé sur les comptes de la société Des documents précités doivent être envoyés aux associés avant l'Assemblée générale annuelle ou être mis à la disposition des actionnaires au siège de la société.

Tout associé pourra poser -par écrit-des questions auxquelles les dirigeants devront répondre au cours de l'assemblée. Et tout associé pourra également, en cours de séance, apporter des modifications aux textes des résolutions ou compléter celles-ci.

3. Poser des questions lors d'une assemblée générale d'actionnaires

Dans les SARL, l'article 128 du code des sociétés commerciales dispose qu'à compter de la communication légale des documents aux associés, tout associé peut poser par écrit des questions au gérant et ce, huit jours au moins avant la date prévue pour la tenue de l'assemblée générale. Le gérant sera tenu de répondre aux questions écrites au cours de l'assemblée générale : Dans l'associé peut poser n'importe quelle question parce qu'il s'agit d'approuver les comptes dans la gestion d'ensemble.

Le droit de poser des questions écrites à la gérance exercé préalablement à l'assemblée ne vise que les questions relatives à l'approbation

annuelle des comptes. Ce droit ne saurait être étendue par exemple aux questions relatives à la modification des statuts.

Pour les SA, le code des sociétés commerciales ne prévoit pas un droit similaire au profit des actionnaires. Toutefois, au cours de l'assemblée générale ordinaire annuelle des SA, après le point sur les affaires en cours ou la présentation des résultats annuels, et avant de passer au vote des résolutions figurant sur l'avis de convocation, il est d'usage de voir le président passer à la séance des questions.

Ces questions ont été éventuellement formulées verbalement ou par écrit au préalable, selon les méthodes proposées par le président de l'assemblée. C'est de toutes les façons au gré de celui-ci que la parole est alors offerte à tel ou tel actionnaire qui aura souhaité de s'exprimer. Il est rare que ce droit de question verbale soit refusé. Cette prise de parole en assemblée devant la communauté des actionnaires a surtout une portée consultative. Elle peut recueillir l'encouragement ou au contraire la réprobation des autres actionnaires présents en salle. Le président qui dispose de la police de l'assemblée demeure aussi libre de répondre ou de ne pas répondre...

Notons toutefois que le message n'est pas neutre : actionnaires et administrateurs peuvent apprendre à cette occasion certains faits importants ne figurant pas dans le dossier d'information des actionnaires. Au delà, pour les sociétés cotées, une assemblée d'actionnaire a un caractère quasi-public, et la presse peut se faire l'écho de propos ou de critiques particulièrement sensibles pour l'avenir de l'entreprise. Aisée à mettre en œuvre, la question verbale reste donc de peu d'incidence directe sur la vie de l'entreprise, mais, motivée et clairement exposée, elle passe un message qui n'est jamais vraiment négligé par les dirigeants.

4. Les procès-verbaux

Après délibérations, vote des résolutions par les actionnaires, la séance est levée. Un procès est alors dressé et signé par les membres du bureau. Ce document " permet de contrôler la régularité de l'assemblée, en complétant les énonciations de la feuille de présence. Il sert aussi à prouver le contenu des délibérations et à en assurer la publicité. Le procès-verbal ne saurait se limiter à la reproduction d'un formulaire. Il doit donner un résumé fidèle, exacte et objectif des débats et donc le cas échéant faire état des critiques adressées au dirigeants, avec suffisamment de détail pour que le lecteur puisse en comprendre la portée et le bien fondé".

L'obligation de rédiger un procès-verbal ne résulte pas d'un texte exprès, mais peut être déduite à travers certaines dispositions du code des sociétés commerciales :

- L'article 11 du code précité autorise l'associé à obtenir copie des procès verbaux des assemblées générales tenues au cours des trois derniers exercices.
- L'article 16 du même code dispose "La publicité doit être effectuée dans le délai d'un mois à compter de l'inscription de l'acte ou du procès verbal de la délibération, au registre du commerce ".
- L'article 285 du code des sociétés commerciales dispose "Le procès verbal des délibérations de l'assemblée générale doit contenir les énonciations suivantes (…)".

Aucune disposition ne précise la personne à qui incombe la charge de rédaction des procès-verbaux. Logiquement, cette tâche doit incomber à l'auteur de la convocation.

L'article 285 du code des sociétés commerciales dispose "Le procès verbal des délibérations de l'assemblée générale doit contenir les énonciations suivantes :

- la date et le lieu de sa tenue.
- le mode de convocation.
- l'ordre du jour.
- la composition du bureau.
- le nombre d'actions participant au vote et le quorum atteint.
- les documents et les rapports soumis à l'assemblée générale.
- un résumé des débats, le texte des résolutions soumises au vote et son résultat".

Le procès-verbal doit-il être établi séance tenante ? : Le secrétaire du bureau aura le plus souvent quelque difficulté à établir séance tenante le procès-verbal de l'assemblée, ne serait-ce qu'en raison de la mise au point du résumé des débats. Le procès- verbal peut parfaitement ne pas être rédigé sur-le-champ mais il est toujours préférable d'en établir un brouillon qui est signé des membres du bureau pour éviter toute discussion lors de la collecte des signatures sur le registre des procès-verbaux ; pour cette dernière formalité, on ne tardera jamais outre mesure car un décès est toujours possible parmi les membres du bureau.

Le procès verbal est signé par les membres du

bureau, et le refus de l'un d'eux doit être mentionné (Article 285 du code des sociétés commerciales).

Enfin pour la SARL, aucune disposition légale ne régit la question des procès-verbaux. Les statuts peuvent fixer Le contenu des procès-verbaux des assemblées et leur signature.

Associé :

L'acquisition de la qualité d'associé par les héritiers

On devient associé en acquérant des droits sociaux. A cet égard, les modes d'acquisition de la qualité d'associé sont divers. Ils peuvent être classés en deux catégories : les modes "originaires" et les modes "dérivés". Les modes d'acquisition dérivés, opèrent lors d'un transfert de titres. Ainsi, peut-on devenir associé à la suite d'un contrat qui en transfère la propriété (contrat de vente, de donation, d'échange) ou lors d'une transmission universelle de patrimoine. Dans ce dernier cas, une personne pourrait acquérir la qualité d'associé à la suite d'un héritage, par exemple. Lors d'un héritage, les héritiers peuvent recueillir des droits sociaux. Ce faisant, ils pourront aussi recueillir la qualité d'associé.

A cet égard, tout héritier n'acquiert pas automatiquement ladite qualité ; la situation varie selon la forme de la société.

Il est à noter que la question de l'acquisition de la qualité d'associé par les héritiers d'un associé ne se pose que lorsque la société continue malgré le décès de l'un des associés. Le problème ne se pose donc pas dans les sociétés en participation puisque le décès d'un associé entraîne la dissolution de la société (article 87 du code des sociétés commerciales).

Dans les sociétés en nom collectif, l'article 65 du code des sociétés commerciales dispose que "sauf clause contraire des statuts, en cas de décès de l'un des associés, la société en nom collectif continue entre les survivants si le précédé n'a pas laissé d'héritiers auxquels ses droits sont dévolus. Au cas contraire, la société continue avec les héritiers qui prennent la qualité d'associés commanditaires, et la société se transforme de droit en une société en commandite simple qui doit faire l'objet des mesures de publicité légale". Il ressort de la lecture de cet article qu'à défaut de clause d'agrément, les héritiers d'un associé d'une société en nom collectif prennent automatiquement la qualité d'associés commanditaires. Si, au contraire, une clause d'agrément existe et que cet agrément n'a pas été donné aux héritiers, leur droit se reporte alors sur la valeur des parts d'intérêts qui sera fixée par un inventaire spécial, à défaut d'un autre mode d'évaluation prévu par les statuts (article 66 du code des sociétés commerciales). Ces mêmes règles sont applicables aux sociétés en commandite simple (article 76 du même code).

Pour ce qui est des sociétés anonymes, l'article 321 du code des sociétés commerciales dispose, dans son alinéa 1er, que "sauf en cas de succession ..., la cession à un tiers d'actions émises par une société ne faisant pas appel public à l'épargne, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause statutaire". Les héritiers reçoivent donc la qualité d'associé en même temps que le patrimoine qui leur est transmis.

Concernant les sociétés en commandite par actions, l'article 405 du même code dispose que "le décès d'un commanditaire n'entraîne pas la dissolution de la société en commandite par actions. S'il est stipulé que malgré le décès de l'un des commandités, la société continue avec ses héritiers, ceux-ci deviennent commanditaires même s'ils sont mineurs non émancipés. Si l'associé décédé était le seul commandité et si ses héritiers sont tous mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société dans le délai de six mois à compter du décès. A défaut, la société est dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai".

Dans les S.A.R.L., l'hypothèse du décès d'un associé n'est pas prévue par le législateur. C'est donc la doctrine qui a comblé cette lacune. La doctrine considère qu'en ce cas, la société continue, en principe, entre les associés survivants et les héritiers de l'associé décédé. Cependant, cette règle peut être aménagée par les statuts qui peuvent valablement prévoir une clause d'agrément s'appliquant aux héritiers. En cas de refus d'agrément, ces héritiers ne peuvent acquérir la qualité d'associé, bien qu'ils soient détenteurs de parts sociales ; ils sont seulement créanciers de la société et n'ont qu'un droit sur la valeur de ces parts.

Conventions réglementées dans les SARL :

Situation des associés personnes morales eu égard aux conventions interdites

En vertu de l'article 116 du code des sociétés commerciales, il est interdit à la société d'octroyer des crédits à son gérant ou aux associés personnes physiques, sous quelque forme que ce soit, ou d'avaliser ou de garantir leurs engagements envers les tiers. L'interdiction s'étend aux représentants légaux des personnes morales associées ainsi qu'aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées ci-dessus. La sanction qui frappe ces actes est la nullité absolue.

Cependant, cette interdiction ne s'applique qu'aux associés personnes physiques de la SARL, de sorte que cette règle n'empêche nullement les opérations de trésorerie au sein d'un groupe de sociétés auquel participent des SARL.

Cette disposition permet donc les opérations de trésorerie réalisées au sein d'un groupe auquel participent des SARL. Une SARL filiale d'une autre société peut consentir des prêts ou des avances à sa société mère ou garantir ses engagements envers des tiers. Toutefois, il conviendra de respecter la procédure d'approbation des conventions lorsque ces opérations de " trésorerie " ne peuvent être considérées comme des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Expertise de gestion :

Expertise de gestion et indivisibilité des actions : La demande d'expertise de gestion par des associés indivisaires

En vertu de l'article 290 bis du code des sociétés commerciales, un ou plusieurs actionnaires détenant au moins dix pour cent du capital social peuvent, soit individuellement ou conjointement, demander au juge des référés la désignation d'un expert ou d'un collège d'experts qui aura pour mission de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

La question que l'on peut des poser est celle de savoir si les titulaires indivis d'actions représentant au moins 10% du capital social peuvent uniquement agir en unanimité afin de demander une expertise de gestion.

Une première opinion retient que lorsque les actions d'une société font l'objet d'une indivision, le principe de l'indivisibilité des titres à l'égard de la société posé par l'article 315 du code des sociétés commerciales commerce ne permet pas aux co-indivisaires d'agir séparément, l'expertise de gestion ne pouvant en ce cas être demandée que par l'unanimité des co-indivisaires.

En fait, pour obtenir une expertise de gestion, il faut remplir certaines conditions qui sont énumérées à l'article 290 bis du code des sociétés commerciales. Ainsi, la demande de désignation d'un expert doit, notamment, émaner d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 10 % du capital social. Lorsque les actions font l'objet d'une indivision, l'expertise doit-elle forcément être demandée par l'unanimité des co-indivisaires ou l'un d'entre eux peut-il agir séparément ?

Dans un arrêt du 4 décembre 2007, la chambre commerciale de la cour de cassation française a jugé que le principe d'invisibilité des titres à l'égard de la société posé par la loi n'interdit pas à un indivisaire d'user des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure où cela est compatible avec le droit des autres indivisaires. Dès lors, est recevable la demande de désignation d'un expert présentée par un ou plusieurs actionnaires détenant de manière indivise au moins 10 % du capital social.

Gérant de SARL :

Rémunération du gérant de SARL : Fixation de la rémunération du gérant par le juge

En dépit du fait que le code des sociétés commerciales ne contient aucune disposition relative à la rémunération des gérants de SARL, les fonctions du gérant sont généralement rémunérées.

La rémunération du gérant est donc fixée soit par les statuts, soit par une décision collective des associés réunis en assemblée générale.

Cependant, si l'assemblée s'abstient de fixer la rémunération du gérant, ce dernier peut-il demander au juge de fixer sa rémunération ?

La jurisprudence française a consacré au profit du gérant de la SARL un droit à l'obtention d'une rémunération. Dans un arrêt (Angers 27 mai 1964, JCP éd. CI, 1994.75047 ; Rapporté in La Revue fiduciaire, op. cit., p.65), il a été considéré que le gérant d'une SARL est fondé à demander au tribunal de fixer sa rémunération lorsque la situation créée par l'abstention ou le refus de certains associés de statuer sur cette question est de nature à compromettre la bonne marche de la société (au cas considéré, la rémunération du gérant ne pouvait statutairement être modifiée qu'à l'unanimité des associés et, en dépit de consultations successives, l'intéressé n'avait jamais pu obtenir une décision unanime). Dans un autre arrêt (Cass. com.13 juin 1977, BC IV n° 167 ; Rapporté in La Revue fiduciaire, op. cit., p.65), il a été jugé que la SARL peut être condamnée à payer une rémunération au gérant qui, en cette qualité, a réalisé un travail effectif et qui, du seul fait de sa désignation à ces fonctions, a encouru les risques de responsabilités, d'interdictions et de déchéances prévues par la loi et les statuts.

La chambre commerciale de la cour de cassation est revenue sur cette position et a jugé le 31 mars 2009 qu'il n'appartient pas au juge de fixer la rémunération du gérant de SARL, combien même il y aurait eu un abus d'égalité ayant empêché sa fixation par les associés.

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Paris a également jugé qu'il n'est pas du pouvoir des juges de se substituer à la société pour fixer la rémunération du gérant (CA Paris 24 novembre 2009 n° 08-18780, ch. 5-8, Kandil c/ Sté MISR Voyages).

Concrètement, si la rémunération du gérant de SARL ne peut être fixée par assemblée générale, le juge ne fixera pas cette rémunération et se cantonnera à désigner un mandataire qui convoquera une nouvelle assemblée et qui votera à la place et au nom des associés ayant agi abusivement. Le vote du mandataire se devra d'être conforme à l'intérêt social tout en préservant les intérêts légitimes de tous les associés, y compris des auteurs de l'abus.

Transformation des sociétés commerciales :

La transformation de la société anonyme en SUARL

La loi autorise le changement de la forme d'une société dotée de la personnalité juridique, sans que cette transformation n'oblige à liquider la société primitive et à constituer une nouvelle société avec toutes les formalités qui en découlent normalement.

En application de l'article 433 du code des sociétés commerciales, toutes les sociétés à l'exclusion de la société en participation peuvent opter pour une transformation en choisissant l'une des formes prévues par le code des sociétés commerciales.

Pour la société anonyme, cette liberté de choix de la forme issue de la transformation est relative. En effet, selon l'article précité, la société anonyme ne peut se transformer qu'en société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée.

On peut s'interroger si, en cas de réunion des actions entre une seule main, la transformation en société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUARL) est-elle possible ?

D'abord, il convient de noter que la forme de SUARL n'est pas expressément prévue par l'article 433 du code des sociétés commerciales. Ce dernier s'est en effet limité à prévoir la forme de la SARL et de la société en commandite par actions.

Mais on peut répliquer que la SUARL n'est qu'une variante de la SARL.

Cependant, le régime de transformation en SUARL en cas de réunion des titres entre les mains d'une seule personne n'est pas applicable aux sociétés anonymes. Ce régime prévu par l'article 23 du code des sociétés commerciales régit exclusivement les sociétés de personnes et les SARL. Il en découle que la réunion des actions entre les mains d'une seule personne entraîne purement et simplement la dissolution de la société anonyme.